

CHRISTOPH THOLE

**PROF. DR. IUR., DIPL.-KFM.
Hundskapfklunge 15**

72074 Tübingen

Dienstlich:

Eberhard Karls Universität
Tübingen

Juristische Fakultät

Geschwister-Scholl-Platz

72074 Tübingen

Fon priv.: 07071/ 9898434

Handy: 0171/3 88 88 62

Fon dienst.: 07071 / 29-72557

Fax: 07071 / 29-5944

e-mail: christoph.thole@
uni-tuebingen.de

Gutachten

zu einer Beschlussfassung der Versammlung der
Genussrechtsinhaber über die Vergütung des gemeinsamen
Vertreters

im Auftrag von Herrn Rechtsanwalt Dr. Bruno M. Kübler als
Insolvenzverwalter der Future Business KGaA

von

Prof. Dr. Christoph Thole, Dipl.-Kfm.

Ordentlicher Professor für Bürgerliches Recht, Zivilprozess- und
Insolvenzrecht sowie Europäisches und Internationales Privat- und
Verfahrensrecht an der Eberhard Karls Universität Tübingen

29.9.2014

Inhaltsverzeichnis

I. Auftragsgegenstand	3
II. Begutachtung	3
1. Rechtliche Grundlagen der Bestellung eines gemeinsamen Vertreters	3
2. Vertragsbeziehungen	4
3. Kostentragung	6
4. Einordnung des Vergütungsanspruchs als Masseverbindlichkeit?	7
5. Höhe der Vergütung	9
6. Vereinbarung mit dem Insolvenzverwalter	11
7. Beschlussfassungskompetenz der Versammlung der Schuldverschreibungsgläubiger und Wirkungen eines Beschlusses.....	11
a) Die Unterscheidung zwischen der Beschlussfassung nach § 19 Abs. 2 SchVG und weiteren, internen Beschlüssen	11
b) Interne Beschlussfassungen in der Versammlung nach § 19 Abs. 2 SchVG?	15
c) Zwischenergebnis	18
8. Verfahrensrechtliche Behandlung von Anträgen auf Erweiterung der Tagesordnung	19
a) Einberufung nach den Regeln der InsO oder des SchVG?	19
b) Maßgeblichkeit des § 13 Abs. 3 SchVG	20
c) Zwischenergebnis	21
III. Ergebnis	22

Gutachten

I. Auftragsgegenstand

Ich bin von Herrn Rechtsanwalt Dr. Kübler als Insolvenzverwalter über das Vermögen der Futures Business KGaA (im Folgenden FuBus) beauftragt worden, rechtsgutachterlich zu der Frage Stellung zu nehmen, ob und inwieweit eine nach dem SchVG einberufene Versammlung der Schuldverschreibungsgläubiger (hier konkret der Inhaber von Genussrechten) befugt ist, einen (bindenden) Beschluss über die Höhe der einem bestellten gemeinsamen Vertreter zustehenden Vergütung zu fassen. Außerdem ist darauf einzugehen, wie das Insolvenzgericht bei der Einberufung einer Versammlung nach § 19 SchVG mit einem Begehren nach einer entsprechenden Beschlussfassung über die Höhe der Vergütung des gemeinsamen Vertreters umzugehen hat (unten 8.).

II. Begutachtung

1. Rechtliche Grundlagen der Bestellung eines gemeinsamen Vertreters

Ein gemeinsamer Vertreter der Schuldverschreibungsgläubiger kann gemäß § 19 Abs. 2 SchVG (§ 18 Abs. 2 SchVG 1899) nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Emittenten (hier FuBus) durch Mehrheitsbeschluss dieser Gläubiger bestellt werden. Zu diesem Zweck hat das Insolvenzgericht eine Versammlung der Gläubiger einzuberufen, es sei denn, ein gemeinsamer Vertreter war bereits vor Insolvenzeröffnung bestellt worden. Im letzteren Fall bleibt der gemeinsame Vertreter weiterhin im Amt.

Die Möglichkeit, gemäß § 19 Abs. 2 SchVG einen gemeinsamen Vertreter nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu bestellen, stellt eine Ausnahme von dem durch § 19 Abs. 1 SchVG normierten Vorrang der Regeln des Insolvenzrechts dar. Gemäß § 19 Abs. 1 SchVG unterliegen die Beschlüsse der Schuldverschreibungsgläubiger nach Insolvenzeröffnung den Bestimmungen der Insolvenzordnung. Damit ist anerkanntermaßen ein Vorrang des

Insolvenzrechts vor dem Schuldverschreibungsrecht verbunden¹. Insbesondere ist anerkannt, dass die Schuldverschreibungsgläubiger nicht in das Insolvenzverfahren „hineinregieren“ können, insbesondere keine Änderung der Anleihebedingungen beschließen können². Sie müssen sich grundsätzlich in die Riege der gesamten Gläubiger einpassen und (idR als Insolvenzgläubiger) an dem Insolvenzverfahren und an einem etwaigen Insolvenzplanverfahren teilnehmen. Mit der Bestellung eines gemeinsamen Vertreters wird den Schuldverschreibungsgläubigern lediglich die Möglichkeit eingeräumt, ihre Interessen gebündelt vertreten zu lassen. Die Bestellung des gemeinsamen Vertreters hängt nicht von der Zustimmung des Emittenten ab³. Eine Bevorteilung der Schuldverschreibungsgläubiger gegenüber sonstigen Insolvenzgläubigern und entgegen dem insolvenzrechtlichen Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung ist demgegenüber nicht gestattet. Der in § 19 Abs. 1 SchVG normierte grundsätzliche Vorrang des Insolvenzrechts betrifft mithin das Außenverhältnis und folglich die Beziehung der Schuldverschreibungsgläubiger zum Insolvenzverfahren bzw. zu anderen Gläubigergruppen. Darauf ist noch einzugehen (unten 7.).

2. Vertragsbeziehungen

Um die Beschlussfassung über Vergütungsfragen rechtlich würdigen zu können, kann es sinnvoll sein zu ermitteln, welche Rechtsbeziehungen mit der Wahl eines gemeinsamen Vertreters entstehen. Diese Frage ist noch weitgehend ungeklärt.

In der Kommentarliteratur und im Schrifttum wird teilweise davon ausgegangen, dass mit der Bestellung des gemeinsamen Vertreters ein entgeltlicher Geschäftsbesorgungsvertrag zwischen der „Gesamtheit der Anleihegläubiger“ und dem Vertreter zustande komme, der den Vertreter zu Wahrnehmung der gemeinsamen Gläubigerinteressen nach Maßgabe des Gesetzes und des Beschlusses verpflichte⁴. Diese Auffassung geht offenbar zurück auf eine Entscheidung des RG vom 11.5.1917, in der das Gericht Folgendes ausgeführt hat⁵:

¹ *Friedl*, in: Frankfurter Kommentar zum SchVG, 2013, § 19 Rdnr. 8; *Calgalj*, Restrukturierung von Anleihen nach dem neuen Schuldverschreibungsgesetz, 2013, S. 161; *Paul*, in: Berliner Kommentar Insolvenzrecht, 42. Lfg. Okt. 2012, § 19 Rdnr. 5; *Lürken*, in: Theiselmann, Praxishandbuch des Restrukturierungsrechts, 2. Aufl. 2013, Kap. 5 Rdnr. 107 ff.

² *Bliesener/Schneider*, in: Langenbucher/Bliesener/Schneider, Bankrechts-Kommentar, 2013, 17. Kap. § 19 Rdnr. 30; *Tetzlaff*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 4. Aufl. 2011, § 88 Rdnr. 32.

³ *Bliesener/Schneider*, Bankrechts-Kommentar, 17. Kap. § 7 Rdnr. 11.

⁴ *Veranneman*, in: Veranneman, SchVG, 2010, §§ 7, 8 Rdnr. 25; *Vogel*, Die Vergemeinschaftung der Anleihegläubiger und ihre Vertretung nach dem Schuldverschreibungsgesetz, 1999, S. 190.

⁵ RGZ 90, 211, 214.

„Daß durch die Bestellung eines Vertreters durch die Gläubigerversammlung auf Grund des Gesetzes vom 4. Dezember 1899, ..., und durch die Annahme seitens des Bestellten diesem nicht nur eine nach außen wirkende Vertretungsmacht übertragen, sondern regelmäßig zugleich ein ihn verpflichtendes Vertragsverhältnis zwischen ihm und den Gläubigern begründet wird, bestreitet die Revision nicht; dies kann auch keinem Zweifel unterliegen.“

Tatsächlich lässt sich aus dem Urteil jedoch nicht entnehmen, dass gerade ein Vertrag zwischen dem Gläubigerverband und dem Vertreter entsteht. Ein solcher Vertrag wäre mit den allgemeinen Regeln der Rechtsgeschäftslehre nicht vereinbar. Denn der Gläubigerverband ist gerade nicht rechtsfähig. Er hat daher nicht die Fähigkeit, Träger der Rechte und Pflichten aus dem Vertrag zu sein. Insbesondere handelt es sich bei der Gesamtheit der Schuldverschreibungsgläubiger nicht um eine BGB-Gesellschaft i.S.d. § 705 BGB⁶. Dafür fehlt es an einer rechtsgeschäftlichen Abrede zwischen den Gläubigern darüber, einen gemeinsamen Zweck zu fördern. Die Gläubiger sind in aller Regel zufällig „zusammengewürfelt“. Sie verfolgen einen individuellen Zweck, nämlich die Rückzahlung und Verzinsung ihres eigenen Investments⁷.

Folglich kann allenfalls ein Geschäftsbesorgungsvertrag zwischen dem Vertreter und dem einzelnen Gläubiger zustande kommen. Davon scheint auch die Begründung des Regierungsentwurfs zum SchVG 2009 auszugehen. Dort heißt es⁸:

„Zwar bestehen grundsätzlich gleichlautende Auftragsverhältnisse zwischen jedem Gläubiger und dem gemeinsamen Vertreter. Mehrheitsbeschlüsse der Gläubiger ändern nichts daran, dass die Rechtsverhältnisse zwischen dem jeweiligen Gläubiger und dem Schuldner bezüglich der Schuldverschreibungen individuell sind. In Bezug auf ihre gemeinsame Vertretung müssen sich die Gläubiger jedoch – auch im Innenverhältnis – als Gesamtheit behandeln lassen“.

Diese Auffassung geht davon aus, dass der gemeinsame Vertreter mit jedem einzelnen Gläubiger individuell kraft eines Auftragsverhältnisses verbunden ist, dieses Auftragsverhältnis aber jeweils so ausgestaltet ist, dass die Gläubiger gegenüber dem gemeinsamen Vertreter als Gesamtheit (vermittelt durch Mehrheitsbeschluss) auftreten und auftreten müssen.

⁶ *Oulds*, in: Veranneman, SchVG, § 4 Rdnr. 15; *Podewils*, DStR 2009, 1914, 1915; *Vogel*, Die Vergemeinschaftung der Anleihegläubiger und ihre Vertretung nach dem Schuldverschreibungsgesetz, S. 127.

⁷ *Oulds*, in: Veranneman, SchVG, § 4 Rdnr. 15; *Podewils*, DStR 2009, 1914, 1915.

⁸ Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drucks. 16/12814, S. 20.

Dem steht ein Modell gegenüber, das davon ausgeht, dass auch bei einem gewählten Vertreter (Wahlvertreter) ein Vertrag mit dem Emittenten zustande kommt, der jedoch zugunsten der Gläubiger wirkt und zum Inhalt hat, dass der gemeinsame Vertreter die Interessen der Gläubiger wahrzunehmen hat. Für diese Konstruktion könnte insbesondere sprechen, dass das SchVG in § 8 SchVG nunmehr (anders als unter dem SchVG 1899) die Bestellung eines Vertragsvertreters ermöglicht, der in den Anleihebedingungen vorgesehen und vom Emittenten ausgesucht wird. Für diesen Fall ist davon auszugehen, dass ein Vertrag mit dem Emittenten zustande kommt⁹. Da das SchVG Wahl- und Vertragsvertreter aber grundsätzlich gleichbehandelt, spricht insofern einiges dafür, auch beim Wahlvertreter einen dem Emittenten aufgezwungenen Vertrag anzunehmen.

3. Kostentragung

Unabhängig von der Konstruktion der Vertragsbeziehung ist mit § 7 Abs. 6 SchVG eine gesetzliche Vorgabe zur Kostentragung und Vergütung zu berücksichtigen.

Danach hat der Schuldner die durch die Bestellung eines gemeinsamen Vertreters entstehenden Kosten und Aufwendungen, einschließlich einer angemessenen Vergütung des Vertreters, zu tragen. In dieser im SchVG vorgesehenen Kostentragungspflicht des Anleiheschuldners wird eine Art Zwangsvertrag zu Lasten des Emittenten erkannt¹⁰. Aus § 7 Abs. 6 SchVG ergibt sich ein unmittelbarer Anspruch des Vertreters gegen den Emittenten. Dazu führt die Begründung des Regierungsentwurfs aus¹¹:

„Nach Absatz 6 hat der Schuldner die Kosten und Aufwendungen (vgl. § 670 BGB) zu tragen, die durch die Bestellung eines gemeinsamen Vertreters entstehen, einschließlich einer angemessenen Vergütung des gemeinsamen Vertreters. Die Gläubiger sollen nicht mit Kosten belastet werden, da sie nicht über gemeinsame Mittel verfügen. Die Ansprüche des gemeinsamen Vertreters richten sich demzufolge direkt gegen den Schuldner.“

Daraus folgt: Die Bestellung eines gemeinsamen Vertreters begründet stets unmittelbare Leistungspflichten des Emittenten, und zwar unabhängig davon, ob mit der Bestellung nur ein Geschäftsbesorgungsvertrag des gemeinsamen Vertreters mit den einzelnen Gläubigern oder (auch) mit dem Emittenten zustande kommt. Kommt der Vertrag mit dem Emittenten zustande, ergibt sich schon daraus, dass nicht nur die Vergütungspflicht ausgelöst ist, sondern der

⁹ So *Bliesener/Schneider*, Bankrechts-Kommentar, 17. Kap. § 8 Rdnr. 4.

¹⁰ *Wöckener*, in *Frankfurter Kommentar zum SchVG*, § 7 Rdnr. 56.

¹¹ Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drucks. 16/12814, S. 20.

Emittent zwangsweise in eine Position als Vertragspartner einrückt. Aber auch dann, wenn man annehmen wollte, der Geschäftsbesorgungsvertrag komme allein zwischen dem gemeinsamen Vertreter und den Gläubigern zustande, wird jedenfalls über § 7 Abs. 6 SchVG unmittelbar eine gesetzliche Pflicht zu Lasten des Emittenten ausgelöst.

Diese Umstände sprechen bereits indiziell dafür, dass eine Disposition der Versammlung der Schuldverschreibungsgläubiger über die Vergütung des gemeinsamen Vertreters die Rechtsstellung des Emittenten (bzw. im Insolvenzverfahren die Rechtsstellung der Masse) nicht ohne eine Mitwirkung auf Schuldnerseite in einem weiteren Umfang beeinträchtigen darf, als es das Gesetz selbst vorgibt.

4. Einordnung des Vergütungsanspruchs als Masseverbindlichkeit?

Allerdings käme es auf die Bindung der Masse und des Verwalters an eine Beschlussfassung der Schuldverschreibungsgläubiger von vorneherein nicht an, wenn der Vergütungsanspruch nach § 7 Abs. 6 SchVG ohnehin nicht im Insolvenzverfahren beachtlich ist, es sich dabei also weder um eine Insolvenzforderung noch um eine Masseverbindlichkeit handelt.

Tatsächlich ist ungeklärt, ob die nach § 7 Abs. 6 SchVG vom Schuldner zu tragende angemessene Vergütung des gemeinsamen Vertreters in einem Insolvenzverfahren überhaupt in vollem Umfang durchgesetzt werden kann. Das ist nur dann der Fall, wenn es sich um eine Masseverbindlichkeit handelt. Ob dem Anspruch diese Qualität zukommt, ist im Schrifttum umstritten:

Zum Teil wird angenommen, es handele sich bei der Vergütungsforderung des nach Insolvenzeröffnung bestellten Vertreters nach § 7 Abs. 6 SchVG um eine Insolvenzforderung¹². Die Forderung sei folglich zur Tabelle anzumelden. Teilweise wird auch angenommen, es handele sich um eine nachrangige Insolvenzforderung der einzelnen Gläubiger nach § 39 Abs. 1 Nr. 2 InsO¹³; der gemeinsame Vertreter könne seine Vergütungsansprüche mit den von ihm eingezogenen Quotenausschüttungen verrechnen.

Demgegenüber wird mehrheitlich vertreten, dass es sich um eine Masseverbindlichkeit handelt. Die Begründungen schwanken. Zum Teil wird eine analoge Anwendung des § 54

¹² *Friedl*, in: Frankfurter Kommentar, § 19 Rdnr. 49.

¹³ *Antoniadis*, NZI 2014, 785, 787.

InsO (Kosten des Insolvenzverfahrens) angenommen¹⁴, teilweise wird § 55 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 InsO bemüht¹⁵ und teilweise auf § 55 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 InsO zurückgegriffen¹⁶.

Dieser Streit muss hier nicht weiter entfaltet werden. Für die aufgeworfene Rechtsfrage nach der Beachtlichkeit einer Beschlussfassung über die Vergütung kann die Einordnung als Insolvenzforderung oder Masseverbindlichkeit keinen Unterschied machen. Stets sind die Interessen der Masse berührt.

Handelt es sich bei der vom Schuldner zu tragenden Vergütung nach § 7 Abs. 6 SchVG um eine Masseverbindlichkeit, ist ohne weiteres ersichtlich, dass die Schuldverschreibungsgläubiger nicht ohne Mitwirkung und Zustimmung des Schuldners über die Höhe der vom Schuldner zu tragenden Vergütung bzw. über die Angemessenheit disponieren können. Die Kostenlast ist stets auf die angemessene Vergütung begrenzt (näher sogleich unter 5.). Entsteht Streit über die Angemessenheit, wäre dies im Zivilrechtsstreit gerichtlich zu klären.

Aber auch dann, wenn man davon ausgeht, dass es sich um eine einfache oder nachrangige Insolvenzforderung handelt, entsteht ein Massebezug. Das ist bei der einfachen Insolvenzforderung offensichtlich, weil die Feststellung der Forderung zugleich die Quote aller anderen gewöhnlichen Insolvenzgläubiger schmälert. Daher könnte der Insolvenzverwalter die Forderung ebenfalls stets nur begrenzt auf eine angemessene Vergütung anerkennen. Entsteht Streit über die Angemessenheit und würde der gemeinsame Vertreter bzw. der einzelne Gläubiger eine durch Beschlussfassung bestimmte, vermeintlich angemessene Vergütung zur Tabelle anmelden, müsste der Insolvenzverwalter gleichwohl der Feststellung widersprechen, wenn und weil er die Vergütung für unangemessen hoch erachtet. Denn der Verwalter darf keinen Kostenersatz zu Lasten des Schuldners anerkennen, der über das Maß des § 7 Abs. 6 SchVG hinausgeht. Auch dann kommt es zu einer Klärung im Forderungsfeststellungsprozess.

Nichts anderes gilt, wenn man den Vergütungsanspruch gegen den Emittenten unter die nachrangigen Rechtsverfolgungskosten des § 39 Abs. 1 Nr. 2 InsO einordnet. Zwar werden nachrangige Forderungen in der Regel nicht befriedigt und ohnehin nur nach Aufforderung

¹⁴ *Calgaj*, Restrukturierung von Anleihen nach dem neuen Schuldverschreibungsgesetz, 2013, S. 169 (§ 54 Nr. 2 InsO analog); *Bliesener/Schneider*, Bankrechts-Kommentar, 17 Kap. § 19 Rdnr. 26; *Preuße-Scherber*, SchVG, 2010, § 19 Rdnr. 35; *Fürmaier*, in: Veranneman, SchVG, § 19 Rdnr. 7.

¹⁵ *Paul*, in: Berliner Kommentar, § 19 SchVG Rdnr. 42a (§ 55 InsO).

¹⁶ *Thole*, ZIP 2014, 293, 299.

angemeldet, § 174 Abs. 3 InsO. Aber auch nachrangige Insolvenzforderungen sind Insolvenzforderungen. Es ist theoretisch möglich, dass nachrangige Insolvenzforderungen in einem Insolvenzverfahren bedient werden. Daher ist der Massebezug gleichermaßen gegeben, weil die Forderung gegen das vom Insolvenzbeschlagnahmte Vermögen gerichtet ist und keine sog. Neuverbindlichkeit des Schuldners in Bezug auf dessen insolvenzfreies Vermögen vorliegt. Im Interesse einer systematisch konsistenten Lösung kann nicht danach differenziert werden, ob gerade im konkreten Fall eine Befriedigungsaussicht für nachrangige Forderungen besteht.

Daher ergibt sich ein eindeutiges Zwischenfazit: Die Vergütung des gemeinsamen Vertreters berührt die Interessen der durch den Insolvenzverwalter repräsentierten Masse, unabhängig von der Einordnung des Anspruchs nach § 7 Abs. 6 SchVG als Masse- oder Insolvenzforderung. Folglich würde sich auch eine bindende Beschlussfassung über die Vergütung des gemeinsamen Vertreters auf die Masse auswirken. Das deutet bereits an dieser Stelle darauf hin, dass die Schuldverschreibungsgläubiger als lediglich besondere Gruppe der Insolvenzgläubiger über die Vergütung nicht bindend zu Lasten der Masse beschließen können.

5. Höhe der Vergütung

Die Höhe der vom Schuldner zu tragenden Vergütung ist in § 7 Abs. 6 SchVG nicht näher geregelt. Es ist nur die „angemessene“ Vergütung zu zahlen. Dieser Maßstab ist vom Gesetz vorgegeben, aber nicht näher definiert. Im Schrifttum besteht Einigkeit, dass die Angemessenheit der Vergütung einzelfallabhängig zu beurteilen ist¹⁷. Was angemessen ist, bestimmt sich folglich nach den Umständen des Einzelfalls und damit insbesondere nach den Aufgaben des gemeinsamen Vertreters, die je nach Situation unterschiedlich sind.

So schreibt *Veranneman*¹⁸:

„Je nachdem ob der Schuldner wirtschaftlich völlig gesund ist oder ob er weiter vor, kurz vor bzw. schon mitten in der Krise ist, wird sowohl der Umfang der Tätigkeit des gemeinsamen Vertreters als auch die Schwierigkeiten, mit denen der gemeinsame Vertreter konfrontiert ist, erheblich variieren. ... Vielmehr ist die Festsetzung der Vergütung von den entfalteteten Tätigkeiten und den sich stellenden Schwierigkeiten sowie davon abhängig zu machen, dass dem gemeinsamen Vertreter nach Abzug aller Kosten eine seinen individuellen Fähigkeiten entsprechende persönliche Vergütung verbleibt. ... Daneben kann auch angemessen sein,

¹⁷ Preuße-Nesselrodt, SchVG, § 7 Rdnr. 91; *Veranneman*, in: *Veranneman*, SchVG, §§ 7, 8 Rdnr. 76.

¹⁸ *Veranneman*, in: *Veranneman*, SchVG, §§ 7, 8 Rdnr. 76.

wenn sich die Vergütung ab dem Zeitpunkt, in welchem der Schuldner restrukturiert werden muss, an den für einen sachkundigen Interessensvertreter gültigen Gebührenordnungen (z.B. RVG) orientiert.“

Daher kann die Höhe der Vergütung nur im Einzelfall festgelegt werden. Für die Bestellung eines gemeinsamen Vertreters nach § 19 Abs. 2 SchVG im eröffneten Insolvenzverfahren ist insoweit zu berücksichtigen, dass die Aufgaben des gemeinsamen Vertreters in einem eröffneten Insolvenzverfahren andere sind als vor dem Insolvenzverfahren. Insoweit kann u.U. die Annahme gerechtfertigt sein, dass die Tätigkeit im Insolvenzverfahren weniger umfangreich und schwierig ist als in einem Restrukturierungsszenario vor der Insolvenz. Denn im letztgenannten Fall tritt der Emittent den Anleihegläubigern gegenüber und strebt eine freie Restrukturierung und Änderung der Anleihebedingungen an, so dass der Verhandlungsspielraum und -bedarf zwischen Emittent und gemeinsamem Vertreter je nach Sachlage größer sein mag. Vorinsolvenzlich hat der gemeinsame Vertreter ggf. weitere Aufgaben; er kann z.B. Gläubigerversammlungen zwecks Änderung der Anleihebedingungen einberufen und vorbereiten (§ 9 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 SchVG). Im Insolvenzverfahren wird das Verfahren maßgeblich vom Insolvenzverwalter und vom Insolvenzgericht betrieben; es gilt der in § 19 Abs. 1 SchVG normierte Vorrang des Insolvenzrechts. Der gemeinsame Vertreter hat im Insolvenzverfahren keine Befugnisse, die über jene von Insolvenzgläubigern hinausgehen. Die wesentliche Aufgabe des gemeinsamen Vertreters besteht gemäß § 19 Abs. 3 SchVG darin, die Forderungen der Anleihegläubiger in Form einer namenslosen Sammelanmeldung anzumelden und die Rechte der Schuldverschreibungsgläubiger in einem etwaigen Insolvenzplanverfahren (wenn es ein solches gibt) und allgemein in der Gläubigerversammlung bzw. im Insolvenzverfahren geltend zu machen.

Daraus folgt zugleich, dass die Marktüblichkeit und Angemessenheit der Vergütung im konkreten Fall nicht ohne weiteres nach vorinsolvenzlichen Maßstäben zu bemessen ist; vielmehr ist insbesondere die Aufgabe der Forderungsanmeldung zu bewerten. Ist zudem ein Insolvenzplanverfahren angestrebt, mag die Aufgabe für den Vertreter komplexer sein als bei einem gewöhnlichen Insolvenzverfahren, so dass die angemessene Vergütung höher zu bemessen sein mag.

6. Vereinbarung mit dem Insolvenzverwalter

Ob die Höhe der Vergütung durch einen Gläubigerbeschluss konkretisiert werden kann, könnte davon abhängen, ob diese Frage generell Gegenstand einer Vereinbarung sein kann.

Tatsächlich ist eine Vereinbarung über die Vergütung dann unproblematisch, wenn der prospektive Kostenschuldner, d.h. hier die Masse der FuBus bzw. der Insolvenzverwalter, an der Vereinbarung beteiligt ist. Wenn eine angemessene Vergütung eine gesetzliche Masseverbindlichkeit auslösen sollte, kann der Insolvenzverwalter durch Vereinbarung mit dem bestellten Vertreter die Höhe der Vereinbarung konkretisieren bzw. betragsmäßig festlegen. Die Pflicht des Insolvenzverwalters zur Masseerhaltung gebietet es aber, dass zu Lasten der Masse keine Vergütung vereinbart wird, die unangemessen hoch ist und damit die Masse über das nach dem Gesetz (§ 7 Abs. 6 SchVG) geschuldete Maß hinaus belastet.

7. Beschlussfassungskompetenz der Versammlung der Schuldverschreibungsgläubiger und Wirkungen eines Beschlusses

Nach diesen Vorüberlegungen ist nunmehr die Frage zu beantworten, ob auch die Schuldverschreibungsgläubiger (hier die Genussrechtsinhaber) mit bindender Wirkung gegenüber dem Emittenten (FuBus) und gegenüber der Masse bzw. dem Insolvenzverwalter beschließen können, welche Vergütung aus der Masse zu zahlen ist.

Diese Frage besteht aus mehreren Teilfragen. Erstens ist die Frage aufgeworfen, ob die Schuldverschreibungsgläubiger im eröffneten Insolvenzverfahren überhaupt einen anderen Beschluss fassen können als jenen nach § 19 Abs. 2 SchVG, einen gemeinsamen Vertreter zu bestellen. Zweitens ist, bejahendenfalls, die Frage zu entscheiden, ob es dafür einer separaten Versammlung bedarf, und drittens ist die Wirkung eines solchen Beschlusses über die Höhe der Vergütung zu ermitteln.

a) Die Unterscheidung zwischen der Beschlussfassung nach § 19 Abs. 2 SchVG und weiteren, internen Beschlüssen

aa) Grundsätzlich nur noch Beschlussfassung über die Bestellung des Vertreters

Die erste Frage nach dem Fortbestand der Beschlussfassungskompetenz der Versammlung der Schuldverschreibungsgläubiger ist anhand des in § 19 Abs. 1 SchVG normierten Vorrangs des Insolvenzrechts zu lösen. Grundsätzlich können die Schuldverschreibungsgläubiger nur

noch den Beschluss fassen, gemäß § 19 Abs. 2 SchVG einen gemeinsamen Vertreter zu bestellen. Die weitere Einflussnahme auf das Insolvenzverfahren und auf die Verwaltung und Verwertung der Masse erfolgt dann über den gemeinsamen Vertreter und in den Bahnen des Insolvenzrechts, d.h. im Berichtstermin, bei der Stimmabgabe im Planverfahren etc¹⁹.

Aus dem Vorrang des Insolvenzrechts folgt, dass die Schuldverschreibungsgläubiger, die eben nur einen Teil der Gesamtgläubigerschaft bilden, ebenso wie andere Insolvenzgläubiger nur in den Formen des Insolvenzrechts auf das Insolvenzverfahren einwirken können. Sie können keinen gestaltenden Beschluss darüber fassen, wie die Anleihe restrukturiert werden soll, weil diese Willensbildung dem Insolvenzplanverfahren vorbehalten bleibt. Es ist deshalb auch nicht gestattet, bindende Vorgaben für die Organe des Insolvenzverfahrens zu machen. Insbesondere kann der Insolvenzverwalter nicht angewiesen werden, in einer bestimmten Weise aktiv zu werden. Das leuchtet unmittelbar ein: Selbst die gewöhnliche Gläubigerversammlung hat über § 160 InsO nur sehr begrenzte Einwirkungsbefugnisse auf das Handeln des Insolvenzverwalters. Dann darf erst recht eine Gruppe der Gläubiger mit Partikularinteressen, eben die Schuldverschreibungsgläubiger, keine bindenden Vorgaben für das Insolvenzverfahren machen.

Daraus folgt, dass die Schuldverschreibungsgläubiger mit Ausnahme der Bestellung des gemeinsamen Vertreters keine Beschlüsse mit Außenwirkung fassen können.

bb) Beschlüsse im Innenverhältnis zwischen Vertreter und Gläubigern

Unberührt bleibt dagegen, wie auch weitgehend anerkannt ist, dass die Schuldverschreibungsgläubiger **im Innenverhältnis** Beschlussfassungen herbeiführen können, die außerhalb des § 19 SchVG stehen und sich dann nach den allgemeinen Regeln des SchVG richten²⁰. Im Schrifttum wird deshalb von einer Unterscheidung zwischen der ersten Gläubigerversammlung nach § 19 Abs. 2 SchVG und etwaigen weiteren, internen Gläubigerversammlungen ausgegangen, die etwa über § 9 Abs. 1 S. 1 SchVG vom gemeinsamen Vertreter einberufen werden und sich ausschließlich nach dem SchVG richten²¹. Es handelt sich dann aber in diesen weiteren Versammlungen um rein interne Beschlussfassungen, die keine unmittelbaren Wirkungen auf das Insolvenzverfahren haben.

¹⁹ *Bliesener/Schneider*, Bankrechts-Kommentar, 17. Kap. § 19 Rdnr. 30.

²⁰ *Friedl*, in *Frankfurter Kommentar*, § 19 Rdnr. 30; *Fürmaier*, in *Veranneman*, SchVG, § 19 Rdnr. 12; *Thole*, ZIP 2014, 293, 297; im Ergebnis auch *OLG Zweibrücken*, ZInsO 2013, 2119, 2120. Ähnlich schon *Schanz*, CFL 2012, 26, 29.

²¹ Fn. 20. Vgl. auch *Bliesener/Schneider*, Bankrechts-Kommentar, 17. Kap. § 19 Rdnr. 25.

Die Beschlussfassung kann beispielsweise den Inhalt haben, dem gemeinsamen Vertreter Weisungen für seine Stimmabgabe im Insolvenzverfahren und sein sonstiges Verhalten im Insolvenzverfahren aufzuerlegen. An diese Weisungen ist der gemeinsame Vertreter *im Innenverhältnis*, und damit in haftungsrechtlich relevanter Weise, gebunden. Nicht ausgeschlossen ist, dass in einem (insoweit ja internen) Beschluss der Schuldverschreibungsgläubiger eine Empfehlung über die Höhe der Vergütung ausgesprochen wird. Dies wäre nur als eine Anregung zu verstehen. Ein solcher Beschluss hätte aber schon kraft der Natur der Sache keine rechtlich verbindliche Wirkung; im Übrigen kann er wegen des Vorrangs des Insolvenzrechts wiederum nicht unmittelbar auf das Insolvenzverfahren einwirken. Allenfalls könnten daraus im Innenverhältnis zwischen dem Vertreter und den einzelnen Gläubigern bzw. der Gläubigerversammlung Ansprüche entstehen.

Daraus folgt für die Frage der Vergütung Folgendes:

Es ist dann zwar denkbar, dass die Schuldverschreibungsgläubiger dem gemeinsamen Vertreter eine Vergütung in beliebiger Höhe zusagen. Es ist dann aber ihr eigenes Risiko, ob sich diese Vergütung iSd § 7 Abs. 6 SchVG als angemessen erweist²². Der Emittent bzw. im Insolvenzverfahren der Verwalter muss stets nur eine angemessene Vergütung tragen, wie es das Gesetz anordnet. Ein interner Beschluss kann in keinem Fall über die Angemessenheit der Vergütung disponieren.

Damit muss die Frage nach der bindenden Wirkung des Beschlusses nachdrücklich verneint werden. Eine von der Versammlung der Schuldverschreibungsgläubiger festgelegte Vergütung ist für das Insolvenzverfahren und die Masse **nicht bindend**. Ohne die Mitwirkung des Emittenten, d.h. konkret des Insolvenzverwalters, kann nicht über die gesetzliche Grenze der Angemessenheit disponiert werden.

Es besteht bei einer entsprechenden Beschlussfassung sogar das Risiko, dass die einzelnen Gläubiger, die nach der eingangs referierten h.M. selbst Vertragspartner des gemeinsamen Vertreters werden, einen Teil der zugesagten Vergütung aus eigenen Mitteln tragen müssen. Deutlich ausgesprochen wird dies etwa bei *Wöckener*²³:

„Der Anspruch [nach § 7 Abs. 6 SchVG, d.Verf.] entsteht demgemäß direkt gegen den Anleiheschuldner. Dieser braucht lediglich eine angemessene Vergütung zu zahlen, nicht aber zwingend das, was dem gemeinsamen Gläubigervertreter von der Gläubigerversammlung zugesagt wurde. Zwar steht es der Gläubigerversammlung frei, eine Vergütung nach freiem

²² *Wöckener*, in: Frankfurter Kommentar, § 7 Rdnr. 56.

²³ *Wöckener*, in: Frankfurter Kommentar, § 7 Rdnr. 56 (Hervorhebung hinzugefügt).

Belieben mit dem gemeinsamen Gläubigervertreter zu vereinbaren. **Die Gläubigerversammlung geht dann jedoch das Risiko ein, dass die Vergütung als nicht angemessen beurteilt wird**, so dass sie dann selbst die Kostentragungspflicht trifft. Diese ergibt sich nicht aus dem Gesetz, sondern aus dem entgeltlichen Geschäftsbesorgungsvertrag gegen die Gesamtheit der Gläubiger nach § 670 BGB. Nicht eindeutig geklärt ist, wie der gemeinsame Gläubigervertreter eine solche gegenüber der Gläubigerversammlung mangels deren Prozessfähigkeit prozessual durchsetzen könnte und ob der einzelne Gläubiger nur pro rata entsprechend seinem Nominalanteil an der Gesamtemission haftet oder für die gesamte Höhe der Vergütung aufzukommen hat. Die überwiegende Ansicht geht wohl von einer pro rata Haftung aus.“

Veranneman schreibt²⁴:

„Keinesfalls muss der Schuldner zwangsläufig die Vergütung tragen, die im Rahmen eines Bestellungsbeschlusses festgelegt worden ist. Vielmehr muss der Schuldner die iRd Bestellungsbeschlusses festgelegte Vergütung nur insoweit tragen, als sie angemessen ist. Ein darüber hinausgehender Anspruch richtet sich somit gegen die Gesamtheit der Anleihegläubiger, die zwar nicht prozessfähig, jedoch passiv prozessführungsbefugt ist.“

Vogel formuliert in dieselbe Richtung²⁵: „**Da es sich hier für den Schuldner um eine gesetzliche Verpflichtung handelt, können Vereinbarungen über die Höhe der Vergütung von der Gläubigerversammlung mit Wirkung für den Schuldner nicht getroffen werden.**“

Nichts anderes galt schon unter dem SchVG 1899. Ansmann schreibt zum SchVG 1899²⁶:

„**Da ihn [den Schuldner, d. Verf.] das Gesetz nur zu einer angemessenen Vergütung verpflichtet, sind Vereinbarungen des Gläubigerverbandes über die Höhe für ihn nicht bindend, ebensowenig ein Beschluss über die Dauer der Tätigkeit des Vertreters.**“

Daraus folgt ein **eindeutiges Zwischenergebnis**:

²⁴ Veranneman, in: Veranneman, SchVG, §§ 7, 8 Rdnr. 77.

²⁵ Vogel, Die Vergemeinschaftung der Anleihegläubiger und ihre Vertretung nach dem Schuldverschreibungsgesetz, S.190 (Hervorhebung hinzugefügt).

²⁶ Ansmann, Schuldverschreibungsgesetz, 1933, § 14a Rdnr. 21 (Hervorhebung hinzugefügt).

Die Versammlung der Schuldverschreibungsgläubiger (hier der Genussrechtsgläubiger) kann die Höhe der Vergütung des gemeinsamen Vertreters nicht mit Wirkung für und gegen die Masse festlegen. Denkbar sind lediglich intern wirkende Beschlüsse. Die Masse ist nur nach dem Maßstab des Gesetzes, d.h. nach dem Maßstab der Angemessenheit verpflichtet. Ob die Vergütung angemessen ist, ist dann im Verhältnis zwischen dem gemeinsamen Vertreter und der Masse bzw. dem Insolvenzverwalter zu beantworten und im Streitfall notfalls gerichtlich zu klären.

b) Interne Beschlussfassungen in der Versammlung nach § 19 Abs. 2 SchVG?

Nach dem bisherigen Gang der Untersuchung steht fest, dass die Schuldverschreibungsgläubiger (hier die Genussrechtsgläubiger) keine für das Insolvenzverfahren bindenden Beschlüsse fassen können; gestattet ist lediglich die Wahl des gemeinsamen Vertreters. Allerdings ist es denkbar, Beschlüsse zu fassen, die allein das Innenverhältnis zwischen dem gewählten Vertreter und den Gläubigern betreffen.

Dies führt zu der Frage, ob eine Beschlussfassung über die Fragen des Innenverhältnisses **in derselben, vom Insolvenzgericht nach § 19 Abs. 2 SchVG einberufenen Gläubigerversammlung überhaupt statthaft ist**. Diese Frage ist im Schrifttum nicht eindeutig geklärt. Teilweise wird eine Verknüpfung mit anderen Beschlussgegenständen für zulässig erachtet²⁷.

Demgegenüber wird wohl überwiegend angenommen, der Zweck der Versammlung iSd § 19 Abs. 2 SchVG sei mit der Bestellung des gemeinsamen Vertreters erschöpft und über andere Tagesordnungspunkte könne eine Beschlussfassung nicht herbeigeführt werden²⁸.

Besonders deutlich formulieren *Bliesener/Schneider* am Beispiel einer internen Weisung wie folgt²⁹:

*„Da weder § 19 noch die InsO Bestimmungen enthalten, die die Beschlussfassung der Anleihegläubiger außerhalb der Gläubigerversammlung regeln, können die Anleihegläubiger ihre Weisungen an den gemeinsamen Vertreter **nur durch weitere***

²⁷ *Friedl*, in: Frankfurter Kommentar, § 19 Rdnr. 37.

²⁸ *Preuße-Scherber*, SchVG, § 19 Rdnr. 28; *Fürmaier*, in: Veranneman, SchVG, § 19 Rdnr. 14.

²⁹ *Bliesener/Schneider*, Bankrechts-Kommentar, 17. Kap. § 19 Rdnr. 25 (Hervorhebung hinzugefügt).

Gläubigerversammlungen festlegen. Für diese Versammlungen richten sich die Einberufung, Beschlussfähigkeit und Mehrheitserfordernisse nach den Regeln des SchVG³⁰.

Dafür, dass solche internen Beschlüsse nur in einer weiteren Gläubigerversammlung zu fassen wären, die dann nach § 9 SchVG beispielsweise vom gemeinsamen Vertreter einzuberufen wäre, sprechen zudem weitere Gründe:

- Gegen eine Befassung mit dem Innenverhältnis in der Versammlung nach § 19 Abs. 2 SchVG können die Regeln über den Kostenersatz herangezogen werden. Denn was die Kosten und Aufwendungen für die erste Gläubigerversammlung nach § 19 Abs. 2 SchVG angeht, ist weitgehend anerkannt, dass es sich um Masseverbindlichkeiten handelt, während für die „interne“ Willensbildung der Schuldverschreibungsgläubiger anerkannt ist, dass dabei entstehende Kosten jedenfalls keine Masseverbindlichkeiten auslösen³⁰. Ließe man nun eine Verknüpfung in der Versammlung nach § 19 Abs. 2 SchVG zu, würden die Schuldverschreibungsgläubiger auch hinsichtlich ihrer eigentlich selbst zu tragenden Kosten für die interne Willensbildung letztlich zu Lasten der Gläubigergesamtheit einen unverdienten Vorteil haben, wenn sie sich für die internen Beschlüsse der Versammlung nach § 19 Abs. 2 SchVG zunutze machen könnten.

- Außerdem müsste das Insolvenzgericht als einberufendes und die Versammlung leitendes Organ die Herbeiführung eines lediglich internen Beschlusses der Schuldverschreibungsgläubiger organisieren und „orchestrieren“, wofür keine Veranlassung besteht. Das Insolvenzgericht soll eine Wahl eines gemeinsamen Vertreters deshalb herbeiführen, weil dies nach der gesetzgeberischen Intention einen Entlastungseffekt für das Insolvenzverfahren haben kann. Es muss sich aber nicht um das Innenverhältnis zwischen dem Vertreter und den vertretenen Gläubigern kümmern.

- Das wäre auch aus staatsrechtlichen Gründen fragwürdig. Die Justiz würde ihre Ressourcen in Gestalt eines staatlichen Rechtspflegeverfahrens unentgeltlich für eine ausschließlich privatautonome Vereinbarung zwischen dem gemeinsamen Vertreter und den Gläubigern zur Verfügung stellen.

- Die Konsequenzen eines solchen Vorgehens können an einem, wenngleich theoretischen, Beispiel handfest gemacht werden. Es wäre durchaus denkbar, dass die Schuldverschreibungsgläubiger dem gemeinsamen Vertreter eine Weisung erteilen, spätere Beschlüsse der gewöhnlichen Gläubigerversammlung nach § 78 InsO anzufechten oder dass dem gemeinsamen Vertreter aufgegeben wird, sich in der Gläubigerversammlung gegenüber

³⁰ Friedl, in: Frankfurter Kommentar, § 19 Rdnr. 33; Cranshaw, BKR 2008, 510.

dem Insolvenzgericht in einer bestimmten Weise zu verhalten. Das Insolvenzgericht würde mithin die interne Beschlussfassung darüber herbeiführen, wie sich die Schuldverschreibungsgläubiger im weiteren Verlauf des Insolvenzverfahrens gegenüber dem Insolvenzgericht verhalten wollen und welche Anträge sie stellen wollen.

- Umgekehrt kann für die Schuldverschreibungsgläubiger auch ein Bedürfnis, jedenfalls aber ein Interesse daran bestehen, sich über ihre Strategie für das Insolvenzverfahren ungestört, d.h. ohne die Leitung der Versammlung durch das Insolvenzgericht austauschen. Daher kann es auch aus diesem Grunde angezeigt sein, eine weitere, interne Gläubigerversammlung nach den Regeln des SchVG einzuberufen.

- Außerdem ergeben sich Friktionen hinsichtlich der Einberufung der Versammlung. Dies ist an einem Beispiel zu illustrieren. Die Versammlung nach § 19 Abs. 2 SchVG wird zwar nach dem Wortlaut dieser Norm „nach den Vorschriften dieses Gesetzes“ einberufen. Dennoch wird teilweise davon ausgegangen, dass sich schon die Einberufung der Versammlung nach § 19 Abs. 2 SchVG nach den Regeln der InsO richtet³¹. Dies zunächst unterstellt, käme es bei einer Einberufung durch das Insolvenzgericht, die auch „interne“, eigentlich ausschließlich nach SchVG zu beurteilende Beschlussgegenstände beträfe, zu einem schwierigen Nebeneinander von SchVG und InsO, weil ein und dieselbe Versammlung einerseits nach der InsO einberufen würde, so dass etwa eine Beschlussvorlage nicht verpflichtend wäre, andererseits nach dem SchVG, so dass sie nach § 13 Abs. 1 SchVG obligatorisch wäre.

- Darüber hinaus könnte es zu einer Situation kommen, in der die Beschlüsse, die in dieser Versammlung gefasst würden, nach unterschiedlichen Regimen anfechtbar wären. Für den Beschluss nach § 19 Abs. 2 SchVG gilt nämlich richtigerweise § 19 Abs. 1 SchVG iVm § 78 InsO³², während für die internen Beschlüsse die Anfechtungsklage nach § 20 SchVG gegeben wäre. Zudem würde für die Beschlussfassung einerseits die InsO vorrangig greifen (über § 19 Abs. 1 SchVG), andererseits für die internen Beschlüsse aber allein das SchVG.

- Es kommt ein weiterer Grund hinzu, der für eine Trennung zwischen den Versammlungen sprechen könnte. Zwar mag es in bestimmten Fällen praktisch sein, in derselben Versammlung ggf. einige interne Punkte mitzuerledigen. Es kann aber je nach Sachlage und Einzelfall durchaus der Verfahrensökonomie förderlich sein, wenn die Gesichtspunkte, die das interne Verhältnis zwischen dem Vertreter und den von ihm vertretenen Gläubigern betreffen, in eine etwaige weitere Versammlung verwiesen werden. Diese Fragen werden sich regelmäßig ohnehin erst im weiteren Verlauf des Insolvenzverfahrens herausstellen. Es hat

³¹ Preuße-Scherber, SchVG, § 19 Rdnr. 25; Fürmaier, in Veranneman, SchVG, § 19 Rdnr. 10; aA Friedl, in: Frankfurter Kommentar, § 19 Rdnr. 27; BK-Paul, § 13 Rdnr. 15.

³² Thole, ZIP 2014, 293, 297.

daher Sinn, zunächst abzuwarten, wie sich das Insolvenzverfahren konkret entwickelt, bevor dem gemeinsamen Vertreter beispielsweise spezifische Weisungen für sein Stimmverhalten auferlegt werden.

Insbesondere ist zu berücksichtigen, dass es der gesetzgeberischen Intention entspricht, dass möglichst rasch Klarheit über die Bestellung eines gemeinsamen Vertreters hergestellt wird; daher hat die Einberufung nach § 19 Abs. 2 SchVG unverzüglich zu erfolgen³³. Eine Einbeziehung von weiteren internen Beschlussgegenständen in die Diskussion kann aber dazu führen, dass die Gläubigerversammlung nach § 19 Abs. 2 SchVG nicht zügig durchgeführt werden kann, weil die Diskussion über die Bestellung des gemeinsamen Vertreters mit der Diskussion über die internen Weisungen aufgeladen würde.

Aus diesen Überlegungen folgt m.E., dass es möglicherweise schon unstatthaft ist, wenn Gegenstände, die allein das interne Verhältnis zwischen Vertreter und Gläubigern betreffen, vom Insolvenzgericht in der Versammlung nach § 19 Abs. 2 SchVG auf die Tagesordnung gesetzt werden. Jedenfalls aber ist das Insolvenzgericht nicht, auch nicht auf Antrag, verpflichtet, in der Versammlung nach § 19 Abs. 2 SchVG eine Beschlussfassung über interne Belange der Schuldverschreibungsgläubiger, die das Innenverhältnis zwischen diesen Gläubigern und ihrem gemeinsamen Vertreter betreffen, zuzulassen. Dafür müsste der gemeinsame Vertreter nach seiner Bestellung ggf. eine weitere Gläubigerversammlung organisieren und einberufen (§ 9 Abs. 1 S. 1 SchVG); die dafür entstehenden Kosten wären jedenfalls keine Masseverbindlichkeit.

c) Zwischenergebnis

Es besteht keine Verpflichtung des Insolvenzgerichts, Fragen des Innenverhältnisses zwischen dem gemeinsamen Vertreter und den von ihm vertretenen Gläubigern, insbesondere auch die Frage der Vergütung, in die Versammlung nach § 19 Abs. 2 SchVG einzubeziehen. In keinem Fall könnte eine solche Beschlussfassung irgendeine Bindungswirkung für das Insolvenzverfahren entfalten.

³³ Kuder/Obermüller, ZInsO 2009, 2025, 2029; vgl. auch Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drucks. 16/12814, S. 25.

8. Verfahrensrechtliche Behandlung von Anträgen auf Erweiterung der Tagesordnung

Aus der bisherigen Untersuchung ergibt sich, dass schon fraglich ist, ob eine Beschlussfassung über die Höhe der Vergütung oder sonstige Fragen des Innenverhältnisses zwischen Vertreter und Gläubigern überhaupt in der Versammlung nach § 19 Abs. 2 SchVG zuzulassen ist. Jedenfalls hätte eine solche Beschlussfassung keine Auswirkungen auf das Insolvenzverfahren und würde keine Bindungswirkung entfalten. Daher ist das Insolvenzgericht zumindest **nicht verpflichtet**, eine allein das Innenverhältnis der Gläubiger zum Vertreter betreffende Beschlussfassung über die Vergütung zuzulassen (soeben 7. b).

Vor diesem Hintergrund ist nunmehr zu fragen, wie verfahrensrechtlich vom Insolvenzgericht mit einem Antrag einzelner Gläubiger auf Erweiterung der Tagesordnung zwecks Beschlussfassung über die Höhe der Vergütung eines etwa gewählten gemeinsamen Vertreters oder mit einem Antrag auf Erweiterung der Tagesordnung wegen sonstiger „interner“ Fragen umzugehen ist.

a) Einberufung nach den Regeln der InsO oder des SchVG?

Insofern ist zunächst auf § 19 Abs. 2 SchVG zurückzukommen, der besagt, dass die Gläubigerversammlung der Schuldverschreibungsgläubiger „nach den Vorschriften dieses Gesetzes“ einzuberufen ist. Es ist indessen trotz dieser Formulierung ungeklärt, ob das Insolvenzgericht tatsächlich hinsichtlich der Einberufungsmodalitäten das SchVG anwenden muss oder ob vielmehr die ihm vertrauten Regeln der InsO, die für eine gewöhnliche Gläubigerversammlung nach § 74 InsO gelten. Diese Frage ist umstritten. Teilweise wird die Anwendung des SchVG angenommen³⁴, teilweise von der InsO ausgegangen³⁵.

Diese Frage muss jedoch nicht grundsätzlich entschieden werden. Für die Frage, ob ein Tagesordnungspunkt aufzunehmen ist, der eine Frage des Innenverhältnisses zwischen dem Vertreter und den Gläubigern betrifft, gelten richtigerweise stets die Maßgaben des SchVG. Dafür spricht ein Erst-recht-Schluss. Wenn ein Antragsteller in einer weiteren Gläubigerversammlung sein Begehren auf Erweiterung der Tagesordnung nicht nach den Einberufungsregeln des SchVG durchsetzen könnte, dann sollte ein solches Begehren erst recht und gleichermaßen nicht durchsetzbar sein, wenn der Antragsteller begehrt, einen

³⁴ *Friedl*, in: Frankfurter Kommentar, § 19 Rdnr. 27.

³⁵ *Preuße-Scherber*, SchVG, § 19 Rdnr. 25; *Fürmaier*, in: Veranneman, SchVG, § 19 Rdnr. 10.

solchen internen Beschlussgegenstand in die Versammlung nach § 19 Abs. 2 SchVG einzuführen.

Daher können für die Behandlung von Anträgen auf Erweiterung der Tagesordnung zwecks Beschlussfassung über das Innenverhältnis stets, jedenfalls ergänzend, die Regeln der SchVG herangezogen werden.

b) Maßgeblichkeit des § 13 Abs. 3 SchVG

Daraus folgt, dass zumindest § 13 SchVG anzuwenden ist. Gilt das SchVG, so können Gläubiger, deren Schuldverschreibungen zusammen 5 % der ausstehenden Schuldverschreibungen, verlangen, dass neue Gegenstände zur Beschlussfassung bekannt gemacht werden; es gelten § 9 Abs. 2 bis 4 SchVG entsprechend.

Da der Antrag bis spätestens am dritten Tag vor der Gläubigerversammlung bekannt zu machen ist (§ 13 Abs. 3 S. 2 SchVG), muss der Antrag so rechtzeitig gestellt werden, dass diese Bekanntmachung noch erfolgen kann, also früher als drei Tage vor dem Termin³⁶.

Daher ist ein Antrag in zwei Fällen schon unzulässig:

Ein zu spät gestellter Antrag ist unzulässig; erst recht darf der Antrag nicht erst in der Versammlung selbst gestellt werden, und zwar schon deshalb nicht, weil sich die anderen eingeladenen Gläubiger damit nicht rechtzeitig und vorab auseinandersetzen könnten.

Außerdem ist der Antrag nur dann beachtlich, wenn der Antragsteller oder die Antragsteller mindestens 5% der jeweiligen Schuldverschreibung repräsentieren. In Bezug zu nehmen ist die jeweilige Schuldverschreibung iSd § 1 SchVG, d.h. bei FuBus die jeweilige Serie. Liegen diese Voraussetzungen nicht vor bzw. ist dazu im Antrag schon nicht vorgetragen, ist der **Antrag bereits unzulässig** und allenfalls als Anregung an das einberufende Gericht zu verstehen. Daran änderte sich im Übrigen nichts, wenn man die InsO entsprechend anwenden wollte. Dann müsste man die Quoren nach § 75 Abs. 1 Nr. 3 und 4 InsO entsprechend heranziehen. Demnach müssten gar 1/5 des ausstehenden Emissionsvolumens (§ 75 Abs. 1 Nr. 3 InsO) oder 2/5 (§ 75 Abs. 1 Nr. 4 InsO) erreicht werden.

Darüber hinaus sind für die Begründetheit eines zulässigen Antrags die Anforderungen nach § 13 Abs. 3 S. 1, Hs. 2 SchVG iVm § 9 Abs. 2 bis 4 SchVG zu beachten. Danach können Gläubiger, deren berechtigtem Verlangen nicht entsprochen worden ist, bei Gericht

³⁶ *Backmann*, in: Veranneman, SchVG, § 13 Rdnr. 8.

beantragen, sie zu ermächtigen, eine Gläubigerversammlung einzuberufen. Dieses berechnigte Verlangen setzt, da § 9 Abs. 2 SchVG auf § 9 Abs. 1 SchVG Bezug nimmt, ein „**besonderes Interesse**“ voraus. Bei Anträgen auf Erweiterung der Tagesordnung muss folglich über § 13 Abs. 3 S. 1 SchVG ebenfalls ein solches besonderes Interesse dargelegt werden.

Nach den eben entwickelten Grundsätzen ist ein solches besonderes Interesse regelmäßig nicht gegeben. Das Insolvenzgericht darf die Fragen des Innenverhältnisses einer zweiten, weiteren Gläubigerversammlung überlassen und ist dazu ggf. sogar verpflichtet.

Das Insolvenzgericht als nach § 19 Abs. 2 SchVG zur Einberufung verpflichtetes Organ muss keine interne Willensbildung der Schuldverschreibungsgläubiger anleiten. Dies kann dem dann gewählten gemeinsamen Vertreter überlassen bleiben. Ob und wie der gemeinsame Vertreter das Geschäftsbesorgungsverhältnis zu den Gläubigern ausgestalten möchte, bleibt zunächst ihm überlassen. Wegen der beschriebenen Friktionen kann folglich auf eine weitere, rein nach dem SchVG zu beurteilende Gläubigerversammlung verwiesen werden.

Was speziell einen Beschluss über die Höhe der Vergütung angeht, kommt der Beschlussfassung in keinem Fall Bindungswirkung für das Insolvenzverfahren zu. Die Höhe der Vergütung wird stets im Verhältnis zwischen dem Vertreter und dem Insolvenzverwalter zu diskutieren und ggf. gerichtlich auszufechten sein. Erst mit einem solchen Rechtsstreit kann verbindlich die Höhe der Vergütung festgelegt werden. Daher wäre eine Beschlussfassung über die Höhe der Vergütung, selbst wenn es eine reine Empfehlung bliebe, weitgehend sinnlos. Der Beschluss wäre, soweit er nicht ausdrücklich eine Kostenübernahme durch die einzelnen Gläubiger aus eigenen Mitteln beinhaltet, bedeutungslos. An einer Abstimmung, die keine maßgebliche Bedeutung hat, besteht aber kein besonderes Interesse. Ein Antragsteller, der mit der Erweiterung der Tagesordnung eine verbindliche Beschlussfassung herbeiführen will, kann dieses Ziel schlicht nicht erreichen, so dass ihm das Interesse an seinem Antrag abzusprechen ist.

c) Zwischenergebnis

Folglich kann das Insolvenzgericht einen (zulässigen) Antrag, der auf Erweiterung der Tagesordnung mit Blick auf Umstände des Innenverhältnisses gerichtet ist, zumindest mangels Vorliegen eines besonderen Interesses zurückweisen.

III. Ergebnis

Die Untersuchung führt zu einem eindeutigen Ergebnis:

1. Die Versammlung der Schuldverschreibungsgläubiger (hier der Genussrechtsinhaber) kann sich zwar in einem – insoweit intern wirkenden – Beschluss zur Höhe der Vergütung des gemeinsamen Vertreters verhalten und dem gemeinsamen Vertreter auch eine Vergütung aus eigenen Mitteln zusagen. Die Versammlung kann die Höhe der Vergütung des gemeinsamen Vertreters aber nicht mit Wirkung für und gegen die Masse oder FuBus selbst festlegen. Das gilt unabhängig davon, ob es sich um eine Masseverbindlichkeit oder eine (nachrangige) Insolvenzforderung handelt. Die Masse ist stets nur nach dem Maßstab des Gesetzes, d.h. nach dem Maßstab der Angemessenheit verpflichtet. Eine verbindliche Klärung der Pflicht zur Tragung der Vergütung kann nur in einem gerichtlichen Rechtsstreit herbeigeführt werden.

2. Es besteht aus mehreren Gründen keine Verpflichtung des Insolvenzgerichts, Fragen der internen Weisungen an den gemeinsamen Vertreter und der Vergütung in die Versammlung nach § 19 Abs. 2 SchVG einzubeziehen.

Das gilt auch dann, wenn eine entsprechende Erweiterung der Tagesordnung beantragt wurde. Entsprechende Anträge auf Erweiterung der Tagesordnung können nach § 13 Abs. 3 SchVG zurückgewiesen werden. Repräsentiert der Gläubiger nicht mindestens fünf Prozent der ausstehenden Summe der Schuldverschreibung, ist der Antrag bereits unzulässig.

Der Antrag muss zudem so rechtzeitig erfolgen, dass mindestens drei Tage vorher der zusätzliche Beschlussgegenstand bekanntgemacht werden könnte, § 13 Abs. 3 S. 2 SchVG.

Ferner setzt § 13 Abs. 3 SchVG ein besonderes Interesse an der Erweiterung der Tagesordnung voraus. Ein solches besonderes Interesse fehlt aber grundsätzlich, weil das Insolvenzgericht nicht verpflichtet ist, die nach den Regeln der InsO zu beurteilende Beschlussfassung (§ 19 Abs. 1 SchVG) in der Versammlung nach § 19 Abs. 2 SchVG mit der rein internen, nach dem SchVG zu behandelnden Beschlussfassung zu vermengen. Es darf insofern auf eine weitere, „interne“ Gläubigerversammlung nach den Regeln des SchVG verwiesen werden.



(Prof. Dr. Christoph Thole)